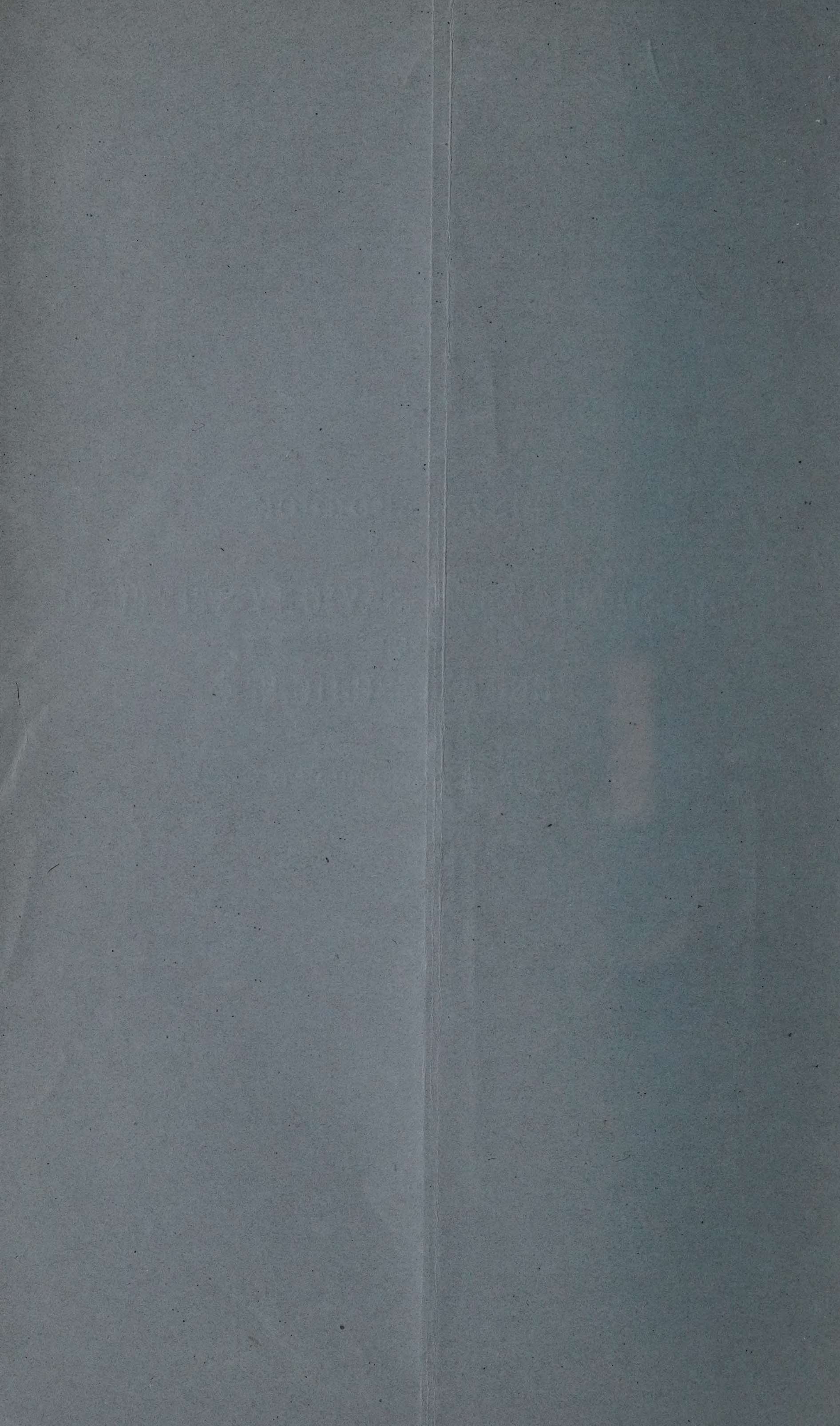
KUBLER

SONDERABDRUCK

AUS DER

ZEITSCHRIFT DER SAVIGNY-STIFTUNG
FÜR
RECHTSGESCHICHTE

VERLAG VON HERMANN BÖHLAU IN WEIMAR.



chische Benennung der Caution παραβόλιον ist bei Pollux 8, 63 überliefert. παραβόλιον und φυγοδικεῖν stehen zusammen in dem Schreiben des Proconsuls P. Cornelius Scipio an die Stadtgemeinde Thyateira (Viereck sermo Graecus quo senatus p. q. R. usi sunt n. VIII = Bull. de corr. hell. 10, 399), das freilich, zerstört wie es ist, eine sichere Erklärung nicht zulässt, aber ebenfalls einen Fall der Appellation behandelt.“

IV.

Zu Cicero de legibus II, XIX—XXI.

Von

Herrn Dr. **B. Kübler**

in Braunschweig.

Im 9. Bande dieser Zeitschrift hat Burckhard die schwierigen Capitel 19—21 aus dem zweiten Buche von Ciceros Schrift über die Gesetze eingehend besprochen. Er prüft mit grosser Sorgfalt alles, was bisher über diese Stelle vorgebracht ist, interpretirt sehr klar den überlieferten Text, den er mit Vorsicht und Bedacht behandelt, zeigt vor allem, wo die Hauptschwierigkeiten stecken, und giebt, nachdem er die früheren Erklärungen widerlegt hat, seine eigene Lösung der Aporia. Wir geben zu, aus seiner lichtvollen Erörterung ungemein viel gelernt zu haben; aber mit seinem Resultate können wir uns nicht einverstanden erklären. Wir müssen vielmehr noch einmal auf diese Frage zurückkommen, und wollen unsererseits versuchen, mit unserem Laienverstande Ciceros Worte zu deuten. Es sollte uns freuen, wenn es uns dadurch gelänge, die Ehre der Philologen zu retten, welche Burckhard in seinem Aufsatz in ähnlicher Weise anzapft, wie Cicero an jener Stelle die Juristen.

Es handelt sich an der fraglichen Stelle um die sacra privata, deren Ableistung man, wie es scheint, häufig als eine

unbequeme Last ansah, welche man sich gern von den Schultern wälzte. Namentlich bei Erbschaftstheilungen mochte es oft vorkommen, dass der eine der Erben dem anderen diese unangenehme Beigabe zuzuschieben suchte, und hierbei traten denn mancherlei schwierige Fragen zu Tage. Cicero macht nun den Priestern den Vorwurf, zumal den beiden Mucius Scaevola, sie hätten in solchen Fällen das Interesse der betreffenden Erben über dasjenige der sacra, das ihnen zuerst hätte am Herzen liegen müssen, gestellt, oder der Jurist hätte es in ihnen über den Priester davongetragen. Sie hätten selbst den Erben die Kniffe und Pfiffe gezeigt, die ihnen geholfen hätten, sich von jener Last der sacra zu befreien. Als leitender Grundsatz, sagt Cicero, galt, dass die Pflicht der sacra dem auferlegt wurde, der das Vermögen erhielt (§ 48 ut . . iis essent ea (sacra) adiuncta, ad quos eiusdem morte pecunia venerit). Wer war das aber? Darauf antworten die Scaevola mit fünf Fällen, nämlich 1) der Erbe. 2) Derjenige, welcher morte testamentove ebensoviel erhält, als alle Erben zusammen. 3) Wenn kein Erbe da ist, qui de bonis, quae eius fuerint, quom moritur, usu ceperit plurimum possidendo. 4) Im Falle, dass auch ein solcher nicht existire, der etwas erhalten habe, derjenige aus der Zahl der Gläubiger des Verstorbenen (so ist doch wohl de creditoribus eius zu verstehen), der am meisten rette (qui plurimum servet). 5) Der Schuldner des Verstorbenen, der seine Schulden an niemand zu bezahlen habe, gelte als Empfänger. Die Früheren, fährt Cicero fort, unterscheiden nur drei Fälle; auf diese kommt uns hier nichts an, da Cicero den Priestern folgt.

Nachdem nun der Hauptsatz, dass die sacra mit der pecunia zusammengehören, noch einmal wiederholt ist, werden die Schliche besprochen, durch die man diesen Satz zu umgehen sucht. Es sind deren drei, und sie werden zweimal aufgeführt, zuerst in §§ 50. 51 und nachher in § 53. Dazwischen steht in § 52 eine Apostrophe an die beiden Scaevola, in denen diesen beiden Juristen ihre Rabulisterei scharf vorgehalten wird. Der erste der drei Schliche ist allerdings im § 50 nicht erwähnt, wir lernen ihn aber aus der zweiten Stelle kennen. Er besteht darin, dass der Erblasser, der dem Legatar ebensoviel vermachte als den Erben zusammen, eine

kleine Summe, gewöhnlich 100 nummi, von dem Legate abzog. War das nicht geschehen, sei es unbewusster Weise oder in bewusster Absicht, so half sich der Legatar dadurch, dass er nicht das ganze Legat nahm, sondern etwas weniger. Der dritte Ausweg war der, dass der Legatar die Erben durch nexi liberatio befreite, sich aber zugleich, wie wir allerdings erst aus § 53 lernen, des Legats durch Stipulation versicherte. Sehen wir davon ab, dass der erste Ausweg erst an der zweiten Stelle (§ 53) von Cicero erwähnt wird und daher der § 50 für den Uneingeweihten recht schwer verständlich ist, auch das atque etiam dant hoc Scaevolae sich nicht ganz leicht an das Vorangehende anschliesst, so ist alles völlig klar. Es steht aber im § 51 noch ein Satz, der beim ersten Anblick absolut nicht in den Zusammenhang zu passen scheint und der deshalb auch von mehreren als Interpolation getilgt worden ist. Wir setzen die ganze Stelle noch einmal hierher:

Atque etiam dant hoc Scaevolae, quom est partitio, ut, si in testamento deducta scripta non sit ipsique minus ceperint quam omnibus heredibus relinquatur, sacris ne alligentur. in donatione hoc idem secus interpretantur et quod pater familias in eius donatione, qui in ipsius potestate est, adprobavit, ratum est, quod eo insciente factum est, si id is non adprobat, ratum non est.

Die Worte von „in donatione hoc idem" an sind es, welche den Ausgangs- und Endpunkt von Burckhards Abhandlung bilden. „Was für eine Schenkung ist es", fragt er, „um die es sich hier handelt? Wer ist der schenkende paterfamilias, der entweder in eigener Person schenkt oder die Schenkung seines Hauskindes gestattet, bezüglich nachträglich ratihabirt? Was ist es, was die pontifices, und zwar die Scaevolae, hier anders interpretiren? Und was ist dasjenige, was vorher Gegenstand der Interpretation ist und wovon eben bei solcher Schenkung die Interpretation abweicht?"

Wenn man den Wust ansieht, der von Philologen und Juristen zu Beantwortung dieser Fragen zusammengeschleppt ist, kann einem angst und bange werden. Die richtige Antwort ergiebt sich aus der einfachen und ungezwungenen Interpretation der Worte Ciceros. Bevor wir sie aber geben, müssen wir Burckhards Lösung mit einem Blick betrachten. Er hält

donatio mortis causa für ausgeschlossen und versteht unter donatio hier donatio inter vivos, und zwar handelt es sich nach ihm „um eine Schenkung des legatarius partiarius, um eine Minderung des erworbenen Vermächtnissbetrages durch seine bezüglich seines Hauskindes unentgeltliche Veräusserung“. Es stand dem Legatar frei, um sich von der Last der sacra frei zu machen, seine Rechte nicht auf den ganzen Umfang der ihm legirten Güter geltend zu machen; er durfte zwar nicht einen Theil des Legats repudiare, wenn er nicht auf das ganze Legat verzichten wollte, aber er konnte es unterlassen, alles und jegliches, was zum Legate gehörte, in Besitz zu nehmen. Starb er, so konnte sein Erbe nachträglich die betreffenden Güter nachfordern. So wird von Burckhard das minus capere richtig erläutert. Es gab aber nach ihm auch einen anderen Ausweg. Der Legatar konnte auch einen Theil des Legats verschenken oder durch seinen Haussohn verschenken lassen, und sich dann darauf stützen, dass er doch thatsächlich nicht soviel habe, als die übrigen Erben zusammen; denn auf das thatsächliche „Haben“ komme eben alles an. Soweit seien nun die Scaevolae nicht gegangen, und bei einer solchen donatio hätten sie eine andere Interpretation gegeben.

Wir unsererseits können, wenn wir von der philologischen oder besser gesagt grammatischen Auslegung der Stelle ganz absehen, zu dieser Erklärung nur sagen: Wenn das juristisch möglich ist, so scheint uns allerdings summum ius identisch zu sein mit summa iniuria. Was für einen rechtlichen Zusammenhang hat eine solche Schenkung mit der Frage, auf die es hier allein ankommt, wer von den Gütern des Verstorbenen mehr erlangt habe, die Erben oder der Legatar? Es ist eine Wortverdrehung schlimmster Art, wenn auf das „Haben“ der ganze Nachdruck gelegt wird; nicht darauf kommt es an, quis (oder uter) plus habeat, sondern quis plus capiat, und zwar quis plus capiat morte. Und wozu vollends erst der Ausweg, dass der Legatar nicht selbst schenkt, sondern durch einen Sohn schenken lässt! Wir glauben nicht, dass sich diese gekünstelte Erklärung viel Freunde erwerben wird.

Suchen wir also die oben angeführten Fragen Burckhards richtiger zu beantworten.

I. „Was für eine Schenkung ist es, um die es sich hier handelt?“ Eine donatio mortis causa, wie fast alle annehmen, und wie der Zusammenhang und die Stellung des Wortes donatio erfordert. Im Gegensatz zu „quom est partitio“ ist „in donatione“ hier in significanter Weise, wie wir Philologen uns auszudrücken pflegen, an die Spitze gestellt. Wer sich das recht klar machen will, der lese die Worte laut mit richtiger Betonung.

II. „Wer ist der schenkende paterfamilias, der entweder in eigener Person schenkt oder die Schenkung eines Hauskindes gestattet, bezüglich nachträglich ratihabirt?“ — Niemand; es schenkt gar nicht der Vater, sondern der Sohn; mit keiner Gewalt des Himmels und der Erde kann man die Worte in eius donatione, qui in ipsius potestate est anders auslegen.

III. „Was ist es, was die pontifices, und zwar die Scaevolae, hier anders interpretiren?“ Das minus capere.

IV. „Und was ist dasjenige, was vorher Gegenstand der Interpretation ist und wovon eben bei solcher Schenkung die Interpretation abweicht?“ Dasselbe minus capere.

Gegen diese Erklärung geht zwar Burckhard an zwei Stellen scharf vor, pp. 288 ff. und pp. 317 ff. Aber alles, was er dagegen vorbringt, zeigt eben nur, dass die Scaevola gute Gründe hatten, bei dieser donatio eine andere Interpretation anzuwenden als bei der partitio. Nur müssen wir uns freilich vor dem bereits in Frage II ausgesprochenen Irrthum frei machen, als sei der paterfamilias der Schenkende. Auf diese falsche Annahme stützt sich die ganze Deduction Burckhards auf S. 319. Er spricht es auch dort noch einmal aus: „Handelte es sich — wovon, wenn einmal mortis causa donatio angenommen wird, doch ernstlich allein die Rede sein kann — um eine mortis causa donatio des Erblassers“ etc. Aber darum handelt es sich eben nicht, sondern um eine Schenkung des Sohnes; diese aber ist gegenübergestellt einem legatum partitionis, resp. testamentum des paterfamilias. Warum das? Weil ein Haussohn kein Testament machen kann; Gai. D. 28, 1, 6 pr. „Qui in potestate parentis est, testamenti faciendi ius non habet, adeo ut, quamvis pater ei permittat, — nihilo magis tamen iure testari possit“. Wie

wurde die Bestimmung nun umgangen? Durch donatio mortis causa: Marcian. D. 39, 6, 25, 1. „Filius familias, qui non potest facere testamentum nec voluntate patris, tamen mortis causa donare patre permittente potest". Wie uns scheint, lösen sich, sobald man diese beiden Sätze festhält, alle Schwierigkeiten. Der Sohn schenkte mortis causa ein peculium einem anderen, sei es mit, sei es ohne Wissen des Vaters. Die Schenkung ist angenommen, aber sie wird erst perfect mit dem Tode des Sohnes, und auch dann nur, wenn sie mit Wissen und Willen des Vaters vollzogen ist. Ist das nicht geschehen, so muss die Ratihabition des Vaters zum Tode des Sohnes hinzukommen, um die Schenkung perfect zu machen. Es kann nun der Fall eintreten, dass der Beschenkte ebensoviel erhalten hat, als dem Vater nach Abżug dieser Schenkung von seinem Vermögen noch übrig bleibt, und dass deshalb der letztere von jenem die Uebernahme der sacra verlangt. In diesem Falle standen die Priester dem Vater zur Seite; es war natürlich auch jetzt dem Beschenkten erlaubt minus capere, gerade wie dem Legatar. Aber das nützte ihm nichts, denn hier interpretirten die Priester hoc idem, d. h. das minus capere anders. Es kam zur Entscheidung der Frage quis sacris adstringatur nicht darauf an, quid ceperit is, cui mortis causa donatum erat, sondern quid pater familias in donatione adprobaverit. Der Sohn hatte einem anderen beispielsweise 5000 vermacht. Die Schenkung war angenommen und vom Vater genehmigt. Nach dem Tode des Sohnes stellt sich heraus, dass der Vater auch nur 5000 hat; er verlangt daher, dass jener Beschenkte die sacra übernimmt. Dieser sucht sich damit zu helfen, dass er nur 4900 usucapirt. Natürlich kann ihn keiner zwingen, auch die letzten 100 zu nehmen. Aber für die Entscheidung des Rechtsstreites ist das gleichgültig; nachdem der Vater die Schenkung in der Höhe von 5000 genehmigt hat, fällt der richterliche Urtheilsspruch über die sacra privata dieser Entscheidung des Vaters entprechend aus. Ganz dasselbe ist der Fall, wenn die donatio mortis causa ohne Wissen des Vaters erfolgt ist und nun nach dem Tode des Sohnes vom Vater bestätigt wird. Denn auch dann fragt es sich, wenn die Schenkung ratihabirt ist, nur, wie hoch die Schenkung war, nicht quantum ceperit

is, cui donatum est. Es brauchte auch der Streit nicht immer zwischen dem Vater des Verstorbenen und dem Beschenkten stattzufinden. Es mochte oft genug der Fall eintreten, dass der Vater schon vor dem Sohne gestorben war. Auch dann fragte es sich nur, ob die Schenkung vom Vater genehmigt war, und es half dem Beschenkten nichts, wenn er weniger nehmen wollte als der Erbe.

Es scheint uns hiernach der Grund ersichtlich zu sein, warum Cicero bei der donatio hauptsächlich vom filius familias und vom pater spricht. Jeder andere Bürger, als der filius familias, qui sub potestate erat, konnte seinem letzten Willen durch Testament und Legate Ausdruck geben. Der Haussohn konnte sich nur durch donatio mortis causa helfen. Und wie oft mochten solche Fälle vorkommen! Denken wir doch nur an Ciceros Zeiten! Fortwährend standen die Söhne der besten Familien im Felde dem Feinde gegenüber; lag es da nicht oft genug nahe, an den Tod zu denken und über seinen Nachlass Verfügungen zu treffen?[1]) Wir brauchen gar nicht an Fälle zu denken, wo der Sohn über sein peculium gegen den Willen seines Vaters zu verfügen wünschte; wenn er im Felde stand und seine Habe durch donatio mortis causa vermachte, so konnte er nicht erst die Genehmigung des Vaters einholen. Fiel er nun, so war hinterher die Genehmigung des Vaters doch noch nöthig. Leicht lassen sich auch, ausser dem Kriege, andere Fälle erdenken; z. B. ein Haussohn ging als legatus eines hohen Beamten in die Provinz und traf seine letzten Anordnungen, ehe er die gefährliche Seereise antrat. Wir führen dies nur an, um Burckhards Frage zu beantworten (p. 291), „ob dieser dem Legat der Hälfte des Nachlasses entsprechende Fall (der donatio mortis causa) wohl je vorkommt?“ Warum sollte der Officier nicht einem lieben Kameraden oder seiner Gattin oder seinen Kindern daheim die Hälfte seines Vermögens oder auch das gesammte Hab und Gut mortis causa schenken?

Ebenso leicht, wie uns dünkt, erledigt sich der andere Einwand Burckhards (p. 317), bei der mortis causa donatio

---

[1]) Die libera testamenti factio wurde den Soldaten erst von Caesar gegeben. D. 29, 1, 1 pr.

lasse sich eine Unterscheidung zwischen Zuwendung von Seiten des Verstorbenen und thatsächlicher Geltendmachung bezüglich Nichtgeltendmachung derselben gegen die Erben gar nicht denken. Zur Schenkung gehöre Annahme des Beschenkten u. s. w. Ganz dasselbe, was hier von der Schenkung ausgeführt wird, gilt, wie Burckhard selbst auf p. 325 ausführt, auch vom Legat. Der Beschenkte muss freilich die Schenkung annehmen, wenn sie gelten soll; aber auch der Legatar kann entweder nur das ganze Legat annehmen oder er muss auf das ganze Legat verzichten. Ein theilweises Annehmen des Legates giebt es nicht. Wenn dennoch die pontifices bei dem Rechtsstreit über die sacra die Einrede des Legatars gelten liessen, er habe nicht die ganze Summe genommen, so konnte man allerdings erwarten, dass derselbe Grund auch bei der donatio hätte angeführt werden können. Aber dem war eben nicht so, in donatione hoc idem secus interpretabantur.

Was war der Grund, dass die pontifices bei der donatio anders entschieden? War es wirklich der von Cicero ihnen so heftig vorgehaltene, war es wirklich ihre Vorliebe für Juristerei? Wir kennen Cicero aus seinen Reden als einen in allen Advocatenkünsten wohl geübten Anwalt, dem man nicht ohne weiteres trauen darf; wir werden auch hier gut thun, die Sache einmal von der anderen Seite anzuzehen und zu untersuchen, ob nicht vielleicht auch vom priesterlichen Standpunkte gute Gründe gefunden werden konnten zu der verschiedenen Auslegung. Cicero sagt (§ 50): pontifices cum pecunia sacra coniungi volunt isdemque ferias (Mommsen sehr gut: hereditates) et caerimonias adscribendas putant. Also die Priester ketteten die sacra an das Geld! Cicero selbst dagegen rühmt sich den Satz zu vertreten (§ 47): ut conserventur semper et deinceps familiis prodantur et . . perpetua sint sacra? Wie, wenn dieser Satz aber gerade die Priester leitete und sie zu ihrer verschiedenen Auslegung veranlasste? Bei dem legatum unterstützten sie den Legatar, wenn er sich der Uebernahme der sacra entziehen wollte; sie wollten eben soviel als möglich dafür sorgen, dass die sacra bei der familia blieben, und es kam ihnen dabei nicht darauf an, selbst ein so schwaches Rechtsmittel, wie das minus capere, gelten zu lassen. Bei der donatio war dieser Ausweg weniger nöthig.

Hatte der Haussohn insciente patre einem Fremden sein peculium vermacht, so konnte der Vater mit einem Worte die ganze Schenkung annulliren. Hatte er aber, und das war wohl das gewöhnliche, sein Gut durch donatio seiner Gattin oder seinen unmündigen Kindern vermacht, sei es mit oder ohne Wissen des Vaters, so konnten die Priester ruhig zugeben, dass die Kosten der sacra, wenn der Vater die Schenkung genehmigte, aus dem Vermögen der Wittwe oder der Enkel bestritten wurden. Denn sie blieben doch in diesem Falle immer in der Familie.

V.

Emendationen des Pandektentextes.

Von

Herrn Dr. **B. Kübler**

in Braunschweig.

Hiermit möchte ich mir erlauben, dem Urtheil der Juristen einige Verbesserungsvorschläge zum Texte der Digesten zu unterbreiten. Obwohl sie sich zumeist auf sprachliche Beobachtungen stützen, so dienen doch auch sie dem Endzwecke vieler in dieser Zeitschrift veröffentlichter Arbeiten, der Herstellung der ursprünglichen unverfälschten Gestalt der Schriften römischer Juristen.

Gaius liber quarto decimo ad edictum provinciale. D. 38, 1, 19: *aut certe ita exigendae sunt ab eo operae, ut his quoque diebus, quibus operas edat, satis tempus ad quaestum faciendum, unde ali possit, habeat.* Dass Gaius „*satis tempus*" geschrieben habe, ist nicht glaublich, obwohl in seinen Institutionen eine analoge Verbindung von satis nicht vorkommt. Aber Gaius schreibt in dem citirten Fragment den Neratius aus. cf. h. t. 22, 2 und Ner. 38, 1, 50:

Gaius	Neratius
in omnibus operis praecipue observandum est, ut temporis spatia, quae ad curam corporis necessaria sunt, liberto relinquantur.	non solum autem libertum, sed etiam alium quemlibet operas edentem alendum aut satis temporis ad quaestum alimentorum relinquendum et in omnibus tempora ad curam corporis necessariam relinquenda.

Da in dem Fragment des Neratius richtig *satis temporis* überliefert ist, so werden wir dasselbe auch beim Gaius herstellen dürfen.

Pomp. 7, 1, 19 pr.: *Si ille heredi meo promiserit per se non fore, quo altius ea aedificia tollantur, tum ei eorum aedificiorum usum fructum do lego.* Die Verbindung *per se non fore, quo* ist ohne jede Analogie; sehr häufig dagegen *per se non esse, quominns.* Dass dies hier zu emendiren ist, beweist der Text der Basilika zur Evidenz, wo es heisst: *μὴ κωλύειν αὐτὸν ὑψοῦν τόνδε τὸν οἶκον.* Man nehme nicht Anstoss an dem allerdings wenig eleganten Nebeneinander der beiden Comparative *minus altius; quominus* gilt ebenso als ein zusammengehöriger Begriff, wie *altius tollere.* Höchst auffällig dagegen schreibt Ulp. D. 27, 9, 5, 10 *sed si sit alia possessio minor vel minus utilior pupillo;* doch erscheint es hier geboten, vor der Hand nichts zu ändern; die beiden Comparative sind möglicher Weise durch eine ähnliche Abundanz des Ausdrucks zu erklären, wie *malle magis* oder *potius* Rescr. Hadr. ap. Paul. D. 48, 20, 7, 3: *cum ampliari imperium hominum adiectione potius quam pecuniarum copia malim.* Paul. D. 39, 6, 35, 2: *illum potius quam se habere mavult.* ibid. *recepisse potius quam dedisse mavult*[1]).

Pomp. D. 8, 2, 25, 1. *Si ex tribus aedibus in loco impari positis aedes mediae superioribus serviant aedibus, inferiores autem nulli serviant.* Für *nulli* wird *nullis* zu schreiben sein, scil. *aedibus.*

Pomp. D. 24, 1, 31, 7. *Quod legaturus mihi aut hereditatis nomine relicturus es, potes rogatus a me uxori meae*

---

[1]) Im sinkenden Latein ist diese Verbindung häufig.



